

RÉXIME PENITENCIÁRIO FECHADO E CÁRCERES DE MÁXIMA SEGURANZA. UNHA REFLEXIÓN DESDE O DEREITO ADMINISTRATIVO

Carlos I. Aymerich Cano

Ás compañeiras e aos compañeiros de PreSOS.

I. UN NOVO DISCURSO SOBRE A PRISIÓN

Semella que só cando, habilmente manipulada polos meios de comunicación, a opinión pública se ve abalada por sucesos tráxicos (motíns, delitos sangrentos cometidos por persoas que disfrutaban de permisos, etc.) se lle presta algunha atención ás cadeas e se suscita unha histórica preocupación social polas custións penitenciarias¹.

Espasmos interesados que serven para afianzar, máis de cada vez, un clima de inseguridade funcional á consolidación dunha ideoloxía sobre o carcerário como mera retribución e depósito daqueles que a modernización vai deixando ás beiras do camiño.

Sen embargo, algo de positivo ten tamén esta nova perspectiva sobre o penitenciario: a sinceridade sempre se agradece e, polo menos, carautas fora, fala-se da prisión como o que sempre foi, a saber, un espácio onde o control social se acentua coa finalidade exclusiva de submeter a conducta e a vontade do interno a criterios carcerários de orde e disciplina. Como se ten dito, o único para o que a prisión reeduca é para a propia vida en prisión que, en principio, algo diferente debería ser á vida en liberdade.

¹ O medre da poboación penitenciaria no Estado español sobe a cifras que estarrecen: de 22.802 presos en 1985 a 47.905 en 1994 (dados tirados de GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, "Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la LOGP", en "Cuadernos de Derecho Judicial", n1 XXXIII, CGPJ, Madrid, 1995, páx. 100). Esta máis que duplicación da poboación reclusa coincide temporalmente con anos de crecemento económico e obedecen a unha tendencia tamén observábel noutros países do "noso entorno", por máis que o Estado español ostente, de entre todos eles, o triste recorde de número de presos por habitante (cfr., op. ult. cit., páx. 98). Como sinda BARATA - cfr., "Cárcel y Estado Social. Por un concepto de reintegración social del condenado", en OLIBAS(coord.), "Problemas de legitimación en el Estado Social", Trotta, Madrid, 1991, pág. 140-, "todavía hoxe a maioría dos detidos proveñen de grupos sociais xa marxinados, en tanto que xa excluídos da sociedade activa a meio dos mecanismos do mercado de traballo", é dicir, que cárcere actuaría como mecanismo de marxinación sobrepoño na inmensa maioría dos casos a un número primario - social - de marxinación.

Digamo-lo claramente: o que a prisión tenciona é reter e custodiar determinados delinquentes² e, hoxe en día, nen a própria literatura oficial mantén o discurso resocializador³. Nesta nova estratexia, a eficacia das institucións penitenciarias medirase non polo éxito na corrección do delincente, senón pola incapacitación do mesmo para a comisión de novos delitos e, por suposto - eis a política de construción de macrocárceles - pola economía no gasto.

A esta nova lóxica responde - e tamén, á súa volta, é causa - a política seguida apartir dos anos 70⁴ en moitos Estados europeos de instauración de reximes penitenciarios caracterizados pola súa dureza extrema - basicamente procuran o aillamento celular dos afectados - que, inicialmente pensados para determinados delinquentes políticos, non tardaron en se aplicaren tamén aos denominados delinquentes comúns. Para isto se construíron os tristemente célebres establecementos de máxima seguraza, eufemisticamente denominados na lexislación española “centros fechados” ou “departamentos especiais”, onde os fins constitucionalmente impostos ás penas privativas de liberdade claudican ante as finalidades estritamente carcerarias de orde, disciplina e seguraza.

Son, como graficamente os denominan os movementos sociais de apoio aos presos, “un cárcere dentro do cárcere”, máis outra via de endurecer a pena privativa de liberdade: xunto coa prolongación do tempo de reclusión⁵, está a intensificación do sufrimento que a propia reclusión provoca, que é o efecto principal que estes reximes especiais perseguen.

Intentarei confirmar os anteriores asertos estudando - en especial do punto de vista do Dereito Administrativo - os diferentes reximes fechados, expoñendo, en primeiro lugar, as súas diferentes modalidades - as legais e a alegal, representada polo sistema FIES - para comentar, a continuación, os gravísimos problemas xurídicos que a súa regulación actual levanta.

II. OS RÉXIMES FECHADOS

1. Na Lei Orgánica Xeral Penitenciaria (LOXP) e no Regulamento Penitenciario (R.Pen.) de 1981

Con antecedentes directos na lexislación penitenciaria histórica española, o réxime fechado introduciu-se na LOXP, co consenso de todos os grupos parlamentares, como unha “amarga necesidade”. Dispón o art. 10 LOXP:

“Non obstante o disposto no nº1 1 do artigo anterior⁶, existirán establecementos de cumprimento de réxime fechado ou departamentos especiais para os penados cualificados de perigosidade extrema ou para casos de inadaptación aos reximes ordinario e aberto, apreciados por causas obxectivas en resolución motivada, a non ser

² Os máis frecuentemente axuzados e condeados, é dicir, os delinquentes económicos.

³ Que, paradoxalmente, segue expreso na CE e na LOXP. Baste lembrar os debates que precederon ao vixente CP (cumprimento íntegro das penas, redución dos beneficios penitenciarios).

⁴ Ben que con precedentes directos nas décadas anteriores.

⁵ Da que o novo CP español é boa mostra, ben ampliando directamente as penas, ben facendo-o indirectamente a meio da restrición ou supresión de beneficios penitenciarios.

Ficheiro de Internos en Especial Seguimento.

⁶ O art. 9.10 LOXP cualifica os establecementos de cumprimento en ordinarios e abertos.

que o estudo da personalidade do suxeito denote a preseñncia de anomalías ou deficiencias que deban determinar o seu destino ao centro correspondente” (alínea 10).

Na alínea 30 deste mesmo preceito, tras de se prever na alínea 20 a posibilidade excepcional de ingreso nestes centros de presos preventivos, dan-se algunhas orientacións xerais acerca do réxime nestes establecementos fechados:

“O réxime destes centros caracterizará-se por unha limitación das actividades en común dos internos e por un maior control e vixilancia sobre os mesmos na forma que regulamentariamente se determinar.

A permanencia dos internos destinados a estes centros será polo tempo necesario até que desaparezan ou diminúan as razóns ou circunstancias que determinaron o seu ingreso”.

Temos pois que, conforme con esta escueta disposición, o réxime fechado ten carácter excepcional e pode aplicar-se tanto a penados como a preventivos por resolución motivada, en atención a criterios tan vagos como o de perigosidade e inadaptación aos reximes ordinario e aberto⁷, sempre que o suxeito non deba ser destinado a un centro especial dos enumerados no art. 11 LOXP, de carácter hospitalario, psiquiátrico ou de rehabilitación social.

A primeira redación do R.Pen. distinguía dúas modalidades de réxime fechado: o común (art. 46) e o especial (art. 47), caracterizado este último por unha máis intensa restrición dos dereitos dos internos. Sen embargo, esta distinción foi eliminada tras da reforma parcial do R.Pen. operada polo RD 787/1984, do 28 de marzo, porque, segundo recoñecía expresamente a súa Exposición de Motivos, non existía na LOXP base para tal distinción. En consecuencia, derogou-se o art. 47, regulador do réxime especial, na idea de que da dicotomía - presente no art. 10 LOXP - entre centros fechados e departamentos especiais non cabía tirar diferenza reximental nengunha⁸.

O art. 46 do derogado R.Pen. establecía para os internos en establecementos fechados un réxime de vida inspirado principalmente - e na práctica, poderíamos dicir que en exclusiva - nos principios de seguranza, orde e disciplina. En consecuencia, impón-se o aillamento celular dos internos e, en xeral, unha aguda restrición dos seus dereitos: posibilidade de intervención das comunicacións, privación das visitas íntimas, limitación das actividades en común, etc.

Por outra parte, o propio art. 46 R. Pen. habilitaba ás Xuntas de Réxime e Administración para o establecemento de diversas “modalidades de vida” dentro do réxime fechado, eufemismo co que se viña burlar a prohibición de establecer reximes penitenciario distintos dos expresamente previstos na LOXP. Foi precisamente con base nesta previsión regulamentar que, por Instrución do 28 de febreiro de 1995, da Dirección Xeral de Institución Penitenciarias (en diante, DXIP), se aprobaron novas “Normas de

⁷ Apreciación que se debe realizar, como indica FERNÁNDEZ ARÉVALO (cfr., “El régimen cerrado”, en VV.AA., “Derecho Penitenciario y Democracia”, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, páx. 318 e ss), en atención a circunstancias obxectivas decorrentes “do estudo da súa personalidade [do interno] e traxectoria delictiva ou penitenciaria”. Sen embargo, os criterios previstos no art. 102.3 R.Pen. para a clasificación dos internos en primeiro grao, o cal determina a aplicación do réxime do art. 10 LOXP, ameazan principios basilares dun Dereito Penal democrático como o de non bis in idem ou o de personalidade da responsabilidade penal. Sobre esta cuestión ha-se volver máis adiante.

⁸ Neste sentido NISTAL BURÓN (cfr. “El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción”, en “Cuadernos de Derecho Judicial”, n1 XXXIII, CGPJ, Madrid, 1985, páx. 193 e 194), para quen os centros fechados se refiren a centros con autonomía independente e os departamentos especiais a un departamento con réxime fechado existente nun centro que ten distinto réxime, “aínda que tanto ao centro fechado como ao departamento especial se lles asigne o mesmo réxime de vida, recollido n un único artigo, que é o art. 46”.

Establecimientos especiais e de réxime fechado”⁹, onde se diferencian dúas modalidades de vida - a “A”, para os internos destinados a establecementos especiais, e a “B” para os destinados aos centros fechados -, cunha regulación integramente recollida agora nos art. 91 e ss. do vixente R.Pen. Non por acaso se indica no seu texto que

“Esta Circular terá carácter transitório en tanto no se efetuen as reformas legais oportunas ...”,

debendo-se entender por reforma legal a promulgación do novo R.Pen. de 1996, naquela altura xa en proxecto.

2. A regulación do réxime fechado através de Circulares e Instrucións da Administración Penitenciária. En especial, o FIES.

Mas durante a vixéncia do anterior R.Pen., através dun número indeterminado¹⁰ de Circulares e Instrucións da Administración Penitenciária, introduciron-se previsións reximentais dirixidas ben á creación dun réxime fechado alegal - o coñecido como FIES -, ben ao endurecemento do réxime fechado, tal e como este viña regulado na LOXP e o R.Pen.

O denominado sistema FIES consiste oficialmente nunha base de datos centralizada, xestionada pola propia DXIP, na que se recollen diversas informacións relativas a determinados reclusos e que, de atendermos á vixente Instrución reguladora do 28 de febreiro de 1995, dictada pola DXIP, carecería de calquer influencia no réxime de vida dos incluídos na mesma:

“... a referida base de datos [o FIES] ten carácter administrativo e, portanto, os datos que como consecuencia do seguimento se almacenan, veñen referidos á situación penal, procesal e penitenciária, considerando-se esta unha prolongación do expediente persoal penitenciário, sen que en ningún caso prexulga a súa clasificación, vede o dereito ao tratamento dos internos, nen supoña a fixación dunha vida reximental distinta da que regulamentariamente lle veña determinada”. A circular 21/96, de 16 de decembro, volve definir o FIES como unha simple “base de datos de carácter administrativo (...) que en caso ningún prexulga a clasificación, veda o dereito ao tratamento ven supón a fixación dun sistema de vida distinto daquel que regulamentariamente veña determinado”.

Mas o certo é que, xa desde a súa creación, o sistema FIES supuxo para moitos internos (en especial para os denominados FIES-RE - réxime especial - Denominado agora CE - “Características Especiais” - na circular 21/96 - ou FIES-CD - control directo) a aplicación dun réxime de vida mesmo máis duro que o fechado previsto no R.Pen. Apartir do traballo de Fernández Arévalo¹¹, dos informes das asociacións de apoio aos presos¹² e dos testemuños dos propios internos, podemos citar as seguintes consecuencias reximentais do FIES:

- Colocar alxemas aos FIES-RE para calquer traslado fora da cela (medida introducida pola Circular do 2 de outubro de 1991, deixada sen efecto pola do 12 de febreiro de 1992).

⁹ Complementada pola posterior do 23 de marzo de 1995.

¹⁰ Polas dificultades que o seu coñecemento presenta, ao non seren obxecto de publicación oficial.

¹¹ Cfr., “El régimen ...”, cit., páx. 331 e ss.

¹² Vid. especialmente o “Dossier sobre la situación de los presos en régimen FIES”, Salhaketa, 1992. Neste documento expoñen-se, aínda só un ano despois da instauración do FIES, as graves ilegalidades que o mesmo comportaba no CP de El Dueso.

- Disfrute do horario de paseo en solitario, medida introducida pola Circular do 2 de outubro de 1991 e que segue en vigor. Cómpre lembrar que o disfrute do tempo de paseo ou patio en solitario reserva-se na LOXP aos internos que cumpran a sanción de aillamento en cela. Numerosos autos de Xulgados de Vixilancia Penitenciaria (en diante, XVP) declararon esta limitación ilegal co argumento de que a Xunta de Réxime pode limitar as actividades en común dos internos nos establecementos fechados, mas non suprimí-las totalmente¹³.

A respecto do paseo ou do patio, reiteradas queixas dos internos FIES do CP Madrid III (Valdemoro), poñen de manifesto as circunstancias en que este dereito se limita na práctica: as escasas horas de patio destes internos se “disfrutan” en gaiolas de formigón de 10 x 5 x 6, cunha rede metálica por teito, e sen nengunha caste de instalación desportiva ou de aseo, nen alumado, nen instalación algunha que permita resgardar-se das inclemencias atmosféricas¹⁴.

- Retirada aos internos da súa roupa habitual, substituída por prendas, facilitadas polos propios Centros Penitenciarios (en diante, CC.PP.), que permitan un doado cacheo: é dicir, na práctica, monos. Esta medida tamén ordeada pola Circular do 2 de outubro de 1991, foi declarada ilegal por tamén numerosos Autos de XVP¹⁵.

- Conversión en beneficios, de concesión condicionada á boa conduta carceraria, dos dereitos recoñecidos na LOXP e no R.Pen.: así por exemplo, en relación coa concesión de comunicacións familiares e íntimas, o disfrute de comunicacións telefónicas ou a posesión de aparellos de rádio e TV.

- Revisión sistemática con raios X do peito e abdome dos internos, práctica continuada que é claramente prexudicial para a súa saúde, nomeadamente para os infectados por VIH¹⁶.

Estas medidas - que en grande medida foron deixadas sen efecto, como habemos ver, polo vixente R.Pen. de 1996 - introduciron-se pola Circular do 2 de agosto de 1991 co pretexto de incentivar condutas positivas dos internos e tamén mereceron numerosos reproches dos XVP¹⁷.

Mas, xunto con estas restricións de dereitos fundamentais impostas a meio de Circulares da Administración Penitenciaria, o amplísimo poder que o ordenamento

¹³ Vid. os citados por FERNÁNDEZ ARÉVALO, op. cit., pág. 334.

¹⁴ O texto completo da queixa pode consultar-se no n1 2 da revista “Panóptico”, editada pola Coordinadora estatal de Solidariedade con Presos/as, pág. 48 a 50.

¹⁵ Vid., de novo, os citados por FERNÁNDEZ ARÉVALO (cfr., op. cit., pág. 335).

¹⁶ Vários autos do XVP de Santander (así os do 20 e 24 de novembro de 1992) lembraron á Administración o carácter excepcional de tal práctica, que só se pode usar “previo o emprego doutros detectores e cacheos, se persistir un motivo fundado e con autorización expresa do XVP”, porén seguiu a ser práctica habitual en diferentes CC.PP., entre eles o de El Dueso, ao que se referían os autos do XVP de Santander citados (cfr., “Dossier ...”, cit., pág. 4).

A recente S.TC 35/1996, do 11 de marzo, veu sancionar a constitucionalidade deste atentado á saúde dos presos, denegando o amparo solicitado por un recluso fronte aos exames radiolóxicos continuados aos que, por motivos de seguraza, viña sendo submetido. O TC, tras recoñecer que o risco para a saúde envolvido por estes exames radiolóxicos é real, considera sen embargo que “a utilización aillada e esporádica, baixo control médico, dun aparello de raios X que se encontraba en perfecto estado e cuxas radiacións non supoñen perigo nengún para a saúde e que mesmo nas últimas exploracións diminuíu-se o nivel de radiación (málla se especificar que a radioloxía utilizada era de menor intensidade que os máximos permitidos pola OMS) non supón violación do dereito á integridade física”, sempre e cando a medida responda á finalidade legalmente prevista de garantía da seguraza do establecemento penitenciario (fx 4º).

¹⁷ Vid. os autos citados por FERNÁNDEZ ARÉVALO, op. cit., pág. 337 e 338.

recoñece á Dirección do Centro e ás Xuntas de Réxime e Equipas de Tratamento¹⁸, traduce-se na imposición de novas limitacións dos dereitos fundamentais dos internos, que se veñen somar ás derivadas da LOXP e o R.Pen. e das Circulares e Instrucións Penitenciarias. Sirva como mostra do que é práctica constante nos CC.PP. españois, o caso analizado na recente S.TC 170/1996, do 29 de outubro, que concede o amparo a un preso FIES fronte ao Acordo da Xunta de Réxime do CP de Toledo que ordeaba, sen límite temporal nengún, a intervención das súas comunicacións. Felizmente, a sentenza anula o mencionado acordo e os autos do XVP n1 2 de Castela-A Mancha confirmatórios do mesmo¹⁹.

A denuncia destas previsións reximentais do réxime FIES realizou-se non só por parte dos afectados ou das asociacións de apoio aos mesmos, mas tamén desde variadas instancias oficiais:

- En primeiro lugar, polos XVP que, tanto en resolucións concretas como en acordos aprobados nas súas reunións anuais, se teñen maioritariamente mostrado firmes na defensa da legalidade e dos dereitos dos presos.

Cunha clareza que non deixa lugar a dúbidas, os puntos 10 e 74 dos Acordos refundidos de actuación aprobados polos xuíces de vixilancia penitenciaria na súa VIII reunión²⁰:

- punto 10. “Non existe nengún réxime penitenciario especial distinto dos reximes ordinario, aberto e fechado aos que se refire a LOXP. O réxime fechado debe diferenciar-se claramente do aillamento en cela, por canto non constitue unha sanción permanente, e o art. 10 LOXP debe aplicar-se restritivamente polo seu carácter excepcional.

Aos internos denominados pola Administración penitenciaria FIES, incluídos no grupo 11 RE, será-lles de aplicación como mínimo, e en todo caso, o réxime

¹⁸ Así, o propio R.Pen. - tanto o derogado como o vixente - recoñecen ás Xuntas de Tratamento e ás Equipas Técnicas importantes potestades cando non decisórias - como no art. 92 do R.Pen. vixente, de asignar os internos a algunha das dúas modalidades de vida agora previstas dentro do réxime fechado - sempre decisivas, informando ou dictaminando os actos adoptados polos órganos decisórios.

Con razón BERGALLI - cfr., “Pánico Social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos instrumentales entre Administración y Jurisdicción penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria)”, en RIVERA BEIRAS (coord.) “Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales”, J.M. Bosch, Barcelona, 1994, páx. 114 - advirte xustamente acerca da inseguranza xurídica que supón o “imenso poder que adquiren os informes das Equipas de Observación e Tratamento. Os seus xuízos prognósticos asentan sobre a substitución do principio de culpabilidade polo feito cometido, que permitiu establecer xurisdicionalmente a condeza penal, por un xuízo de perigosidade, asentado na conduta anterior do suxeito e a observada durante o secuestro carcerario”.

¹⁹ A anulación acordada por esta sentenza funda-se principalmente en que constituindo o acordo unha restrición do dereito fundamental do interno recorrente ao segredo das súas comunicacións (art. 18.30 CE), a motivación da concorrencia das circunstancias excepcionais que conforme co art. 51 LOXP e 91 do R.Pen. de 1981 lexítiman a adopción de tal medida - a saber, sospeita fundada de que os comunicantes poden estar a preparar algunha actuación delictiva ou cando non observen unha boa conduta - foi no caso concreto insuficiente e máis tamén, o que se cadra nos interesa máis neste momento, porque lonxe de reunir a intervención das comunicacións o carácter excepcional e individual propio de toda restrición dun dereito fundamental, “se tería adoptado sistematicamente para todos os internos clasificados no primeiro grao penitenciario e, concretamente, en relación cos incluídos no FIES. Isto indicaría-nos que non foi nunha medida excepcional” (fx 5º).

²⁰ Celebrada en Madrid en novembro de 1994. Xa na VII, celebrada en Madrid en setembro de 1993, se instaba ao Fiscal Xeral do Estado a que “dada a insistencia e persistencia no ordenamento xurídico penitenciario de normas extramuros da LOXP e do seu Regulamento, dictadas polas Administracións Penitenciarias, que contradin os principios de legalidade e xerarquía administrativas, e que obrigan aos Xuíces de Vixilancia a adoptar acordos e decisións privando-as de aplicación, procedería que polo órgano lexítimado se interpuxesen os correspondentes recursos ante os Tribunais contencioso-administrativos, a fin de que tais normas sexan declaradas nulas” (punto 7º).

estabelecido no art. 46 do RPen., coas actividades e limitacións especificamente contidas no dito preceito”.

- punto 74: “O réxime e tratamento penitenciario dos internos pretencentes a bandas armadas han de se regular polas mesmas normas xerais que o réxime e o tratamento dos demais internos, sen que a condición de integrante de banda armada poida por sí só limitar ou impedir o disfrute dos dereitos e beneficios penitenciarios recoñecidos por tais normas”.

Mas tamén, como dicíamos, a meio de resolucións concretas defenderon os XVP os dereitos dos internos submetidos a este réxime ilegal. A relación dos numerosísimos autos - que só faría patente a dureza de ouvido da Administración penitenciaria - dictados polos XVP a este respecto excedería da amplitude desexábel para un traballo das características do presente. Limitaremo-nos a destacar só algúns que, ao meu ver, son especialmente significativos:

- Auto do 31 de agosto de 1993, dictado polo Xuíz de Vixilancia Penitencaria n1 1 de Castela e León, Sr. Castro Antonio, en relación coas queixas formuladas polos presos FIES internos no CP de Villanubla, no que o citado órgano xurisdiccional, tras lembrar que

“... o principio de legalidade debe facer-se efectivo en todo momento, encontrando-se este constituído pola Lei e máis o Regulamento Penitenciario, así como polas normas xurídicas que as complementan, sen que se podan encadrar dentro destas aquelas circulares sen refrendo legal, que supoñan unha vulneración, limitación ou restrición daqueles dereitos que a Lei e o Regulamento Penitenciario conceden aos internos”.

insta á Administración a recoñecer e facer efectivos para os FIES os dereitos mínimos previstos na LOXP, tan básicos como o dereito a realizaren actividades en común, a non seren sistematicamente alxemados, a manteren relacións especiais, a manteren relacións escritas sen limitación de número de fólíos, a manter comunicacións telefónicas, a teren acceso aos meios de comunicación, etc., obrigando ao CP a remitir cada dous meses ao Xulgado informe das actividades realizadas polos internos e estudos individualizados de cada un deles.

- Auto do 8 de agosto de 1994, do Xuíz de Vixilancia Penitencaria de Badaxoz, Sr. Martínez de la Concha, no que outravolta se afirma que a forma de Circular non é a axeitada para encher o vacio lexislativo existente a respecto dos internos “especialmente perigosos”.

- E, especialmente importante por se referir á vixente Circular 8/1995, do 28 de febreiro, reguladora do ficheiro FIES, o Auto do 20 de outubro de 1995, do Xuíz de Vixilancia Penitencaria n1 3 dos de Madrid, Sr. Racionero Carmona, no que expresivamente se rexeitan as alegacións do Ministerio Fiscal - que ian no sentido de negar que o sistema FIES supuxese unha violación dos dereitos dos internos - cos seguintes argumentos:

“Para quen provee, e se insiste nisto, ou o FIES é inútil ou, dalgún xeito, aínda ignoto mas inevitábel - reiteradamente denunciado polos seus destinatarios - si as implica [violacións dos dereitos dos internos].

En definitiva, e como se puxo de manifesto en resolucións anteriores:

a) A súa mera denominación contradiz a súa neutralidade. Se é de ‘especial seguimento’, significa que o mesmo ha de ter determinadas consecuencias, sexan estas as que foren.

b) Se existe, ha de ter unha finalidade práctica, aquel seguimento, un control - máis intenso - sobre determinados internos, pois do contrario sería unha creación inútil e, xa que logo, ineficaz.

c) Carece da máis mínima apoiatura legal ou regulamentar.

E esta é a cuestión: ao non devir dunha norma e si só dunha Instrución ou Circular da Administración penitenciaria, ignora-se absolutamente, tanto as consecuencias da inclusión canto as causas da mesma”.

- Mesmo a Fiscalía Xeral do Estado, na Memória apresentada o 15 de setembro de 1993, denunciaba a situación:

“Baixo a falsa aparencia de meras directrices de organización interna, [a Administración Penitenciaria] establece pautas de actuación que en ocasións coutan ou limitan os dereitos dos internos e noutras os amplian, creando situacións de privilexio, constituindo unha especie de normas penitenciarias paralelas de ámbito exclusivamente administrativo, totalmente arbitrarias e cambiantes”.

A última “regulación” do FIES, a contida na Instrución da DXIP do 28 de febreiro de 1995, evita, conscientemente, calquer previsión de carácter reximental. Conscientemente por dúas razóns: en primeiro lugar, pola ampla contestación que o sistema suscitou e, en segundo lugar porque o novo R.Pen. de 1996 “legaliza” o sistema FIES ao diferenciar dentro do réxime fechado dúas denominadas “modalidades de vida”. Podemos afirmar que o FIES depura-se de contidos reximentais, recollidas agora no R.Pen. de 1996.

3. O R.Pen. do 9 de febreiro de 1996

O novo R.Pen aprobado o ano pasado non varia grande cousa a regulación do réxime fechado prevista no regulamento anterior. É, de certo, unha regulación formalmente máis respeitosa de certas garantías²¹, pero que non resolve nengún dos problemas que doutrina, xurisprudencia e afectados puxeran de relevo no R.Pen. derogado.

Procura-se elevar de rango medidas antes só reguladas en Circulares e Instrucións da propia Administración penitenciaria²², como as citadas do 28 de febreiro de 1995, reguladoras do FIES e do réxime fechado, mas fora disto non se varia case que en nada a súa regulación material. Mesmo se da un paso atrás, volvendo subrepticamente á situación anterior á reforma de 1984, ao distinguiren-se dous reximes penitenciarios dentro do fechado do art. 10 LOXP, as dúas denominadas “modalidades de vida”.

O mesmo que no R.Pen de 1981, destinarán-se aos departamentos especiais ou aos centros fechados, os penados clasificados en primeiro grao²³ por seren

²¹ Neste punto debe saudar-se que o art. 95 R.Pen. esixa a notificación do acordo ao XVP tanto se a aplicación do art. 10 LOXP implica un traslado de centro como se non o implica, é dicir, se o departamento especial se ubica no mesmo centro penitenciario onde o interno xa se achaba submetido ao réxime ordinario ou ao aberto. Pon-se coto deste xeito a unha interpretación fraudulenta que a Administración penitenciaria viña facendo do art. 80.20 do anterior R.Pen., a virtude da cal só se efectuaba a citada comunicación ao XVP se cando a aplicación do art. 10 LOXP supuxese un traslado efectivo dun CP a outro.

²² Á marxe de podermo-nos cuestionar aínda se o RD é rango suficiente.

²³ O cal supón sancionar a nivel regulamentar a correspondencia entre réxime penitenciario e grao de tratamento, xa prevista con carácter xeral no art. 72.2 LOXP. Vexa-se especialmente o art. 100 do actual R.Pen. Acerca da falta de correspondencia absoluta entre graos de tratamento e reximes penitenciarios, vid.

manifestamente perigosos ou inadaptados aos reximes ordinario ou aberto. A perigosidade que motiva a clasificación en primeiro grao apreciará-se conforme cos criterios previstos no art. 102.50 R.Pen., claramente diverxentes dos xerais previstos nos art. 62 a 65 da LOXP, relativos á clasificación de penados e preventivos. Con efecto, a perigosidade á que se refire o art. 102.50 R.Pen. é un concepto obxectivo e puramente carcerario - val dicir, que atende exclusivamente aos fins de seguranza, orde e disciplina do establecemento²⁴ - en tanto que os criterios, subxectivos, de clasificación da LOXP fixan-se máis en atención ao tratamento, é dicir, ao conxunto de actividades dirixidas á reeducación do interno.

A resolución motivada á que se refire o art. 10 LOXP é adoptada por un órgano da Administración penitenciaria - a DXIP - previo informe da Xunta de Tratamento, e debe ser notificada ao XVP no prazo máximo de 72 h. (art. 95 R.Pen.). Neste punto debe saudar-se que o art. 95 R.Pen. esixa a notificación do acordo ao XVP tanto se a aplicación do art. 10 LOXP implica un traslado de centro como se non o implica, é dicir, se o departamento especial se ubica no mesmo centro penitenciario onde o interno xa se achaba submetido ao réxime ordinario ou ao aberto. Pon-se couto deste xeito a unha interpretación fraudulenta que a Administración penitenciaria viña facendo do art. 80.20 do anterior R.Pen., a virtude da cal só se efetuaba a citada comunicación ao XVP se cando a aplicación do art. 10 LOXP supuxese un traslado efectivo dun CP a outro.

ALARCÓN BRAVO, "La clasificación penitenciaria de los internos", en "IV Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria", especial n1 3 da revista "Poder Judicial", 1986, e o traballo xa citado de FERNÁNDEZ ARÉVALO, páx. 318-319.

²⁴ Deste xeito, conforme co art. 102.50 R.Pen., para cualificar a perigosidade dun interno, ponderaráse a concorrencia de factores como

- a) a natureza dos delitos cometidos ao longo do seu historial delictivo, que denote unha personalidade agresiva, violenta e antisocial .
- b) Comisión de actos que atenen contra a vida ou a integridade física das persoas, a liberdade sexual ou a propiedade, cometidos en modos ou formas especialmente violentos.
- c) Pertenza a organizacións delictivas ou a bandas armadas, en tanto non amosen, en ambos casos, sinais inequívocas de se teren subtraído á disciplina interna das ditas organizacións ou bandas.
- d) Participación activa en motíns, plantes, agresións físicas, ameazas ou coaccións.
- e) Comisión de infraccións disciplinares cualificadas de mui graves ou graves, de maneira reiterada ou sostida no tempo.
- f) Introducción ou posesión de armas de fogo no establecemento penitenciario, así como a tenza de drogas tóxicas, estupefacientes e substancias psicotrópicas en cantidade mportante, que faga presumir o seu destino ao trérego".

Criterios que contrastan vivamente co disposto nos citados art. 62 a 65 LOXP. En particular o art. 62 valora o historial delictivo só como un elemento máis e non primordial, xunto cos dados resultantes do estudo científico da constitución (sic), o temperamento, as aptitudes do suxeito a tratar, do seu contorno familiar e social, etc.

Esta antinomia entre a LOXP e o R.Pen. fora xa advertida pola doutrina durante a vixencia do R.Pen. de 1981 (neste sentido, FERNÁNDEZ ARÉVALO - cfr., op. cit., páx. 319 a 321 -, ALARCÓN BRAVO - cfr., op. cit., páx. 20 e 21 - e MAPELLI - cfr., "Consideraciones en torno al art. 10 LOGP", en REP n11/1989). O último dos autores citados consideraba que o conflito nascía da confusión entre réxime fechado e clasificación en primeiro grao, mas o certo é que, como xa se indicou no texto, o vixente R.Pen. consagra tal confusión ou, por mellor dicir, unificación entre réxime penitenciario e clasificación de tal maneira que a prevalencia dos criterios obxectivos do art. 102.50 R.Pen. sobre os subxectivos dos art. 62 a 65 LOXP semella asegurada.

Dito sexa o anterior sen prexuízo de que poñamos de manifesto tamén o que na práctica supón: o mantimento das finalidades resocializadoras e de tratamento como mero símbolos e a afirmación - de cada vez máis evidente - da retención e a disciplina como verdadeiras finalidades do sistema penitenciario.

III. PROBLEMÁTICA XURÍDICO-ADMINISTRATIVA DO RÉXIME FECHADO

O réxime fechado, que sumariamente se ven de examinar, levanta do punto de vista do Dereito Administrativo importantes cuestións que cómpre analizar polo miúdo. Basicamente, as implicadas pola regulación via Circulares e Instrucións de importantes aspectos do mesmo - mesmo a introdución de reximes novos non contemplados nen na Lei nen no Regulamento penitenciários - e máis, doutra banda, a eventual inconstitucionalidade da regulación contida no vixente R. Pen. de 1996, desde a perspectiva da reserva material de Lei Orgánica do art. 25.20 CE.

1. Circulares e Instrucións como fonte do Dereito Penitenciário

Para decidir acerca da legalidade das Circulares e Instrucións administrativas, que se veñen mesmo considerando como fonte formal do Dereito Penitenciário²⁵, debe, en primeiro lugar, estudar-se a cualificación xurídica que as mesmas merecen no Dereito Administrativo español para, en segundo termo, estudar as súas condicións de validez e eficacia, nomeadamente polo que á materia penitenciária atinxe.

1.a. Instrucións e Circulares no Dereito Público español

Conforme co art. 21 da Lei 30/1992 (en diante, LPAC)²⁶, “os órganos administrativos poderán dirixir a actividade dos seus órganos xerarquicamente dependentes, através de Instrucións e ordes de servizo” (alínea 10). “Cando unha disposición específica así o establecer ou se estimar conveniente por razón dos destinatários ou dos efectos que podan producir-se, as instrucións e ordes de servizo publicarán-se no DO que corresponder” (alínea 20). “O incumprimento das instrucións ou ordes de servizo non afecta por si propia á validez dos actos dictados polos órganos administrativos, sen prexuízo da responsabilidade disciplinar en que puidesen incurrir” (alínea 30).

Así pois, semella que non estamos perante normas regulamentares, mas de disposicións ou normas internas que atopan o seu fundamento noutra potestade administrativa distinta cal é a de mando e dirección que corresponde aos órganos superiores sobre dos seus xerarquicamente subordinados.

É por iso que a eficacia das Circulares e Instrucións é diferente á dos regulamentos: en principio - ao menos tal é o que se pode tirar do art. 21 LPAC - mentres que un acto dictado contra o disposto nun regulamento é inválido (art. 63 LPAC), o dictado contra do previsto nunha Circular é perfectamente válido. É dicir, as Circulares carecerían de calquer substancia normativa, non integrarian o bloco da legalidade ao que a actuación administrativa ven suxeita.

²⁵ BERNALDO DE QUIRÓS considera que as fontes do Dereito Penitenciário son a Constitución, o Código Penal, a Lei Xeral Penitenciária, a Lei de Xuizamento Criminal, o Regulamento Penitenciário e as ordes e circulares das direccións xerais de institucións penitenciárias (cfr., “Lecciones de Derecho Penitenciario”, México, 1953, citado por GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, “Autonomía ...”, cit., páx. 77).

²⁶ Preceito que substancialmente a reproducir o disposto nos art. 7 da Lei Procedimento Administrativo de 1958 e 18 da Lei de Réxime Xurídico da Administración do Estado de 1957. En termos semellantes exprime-se o art. 3.50 do vixente R.Pen.: “Os órganos directivos da Administración Penitenciária poderán dirixir as actividades dos seus órganos xerarquicamente dependentes a meio de circulares, instrucións e ordes de servizo”.

Sen embargo, esta impresión inicial logo debe ser desbotada. De analisarmos a xurisprudéncia veremos como as Circulares e Instrucións producen certos efectos para alén do estrito ámbito interno da Administración:

- O mesmo que o precedente administrativo, vinculan á Administración que deberá motivar os actos que se separen do criterio expresado nunha Circular, en especial cando a mesma teña sido publicada (art. 54.1.c LPAC).

- Aínda máis: constitue doutrina consolidada do TS español, considerar que as Circulares e Instrucións poden ter un duplo carácter: ben de meras ordes xerárquicas, eficaces unicamente no marco dunha relación de subordenación xerárquica (neste sentido, o art. 3.50 do vixente Regulamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, do 9 de febreiro), ben de verdadeiras disposicións de carácter xeral.

Esta doutrina xurisprudencial emprega como criterio cualificador o establecido, por exemplo, na S.TS do 9 de febreiro de 1995 (Ar. 1285) en relación cunha Circular do ICAC:

“... para indagar cando unha Circular é un acto administrativo ou unha disposición de carácter xeral, pode-se acudir a criterios formais, nen sempre fiábeis, e materiais, é dicir, analizar o seu contido: deste modo, adoita-se afirmar que é unha disposición xeral se a Circular en cuestión crea unha nova suxeición ou garantía para o administrado, ou da regras imperativas novas, ou se atén ao ámbito ‘ad intra’ se for acto, ‘ad extra’ se for regulamento ou se a decisión encerra carácter xeral”, doutrina reiterada noutra sentenza do mesmo Tribunal do 5 de xullo de 1995 (Ar. 5991)²⁷:

“... se as Circulares teñen normalmente no noso Dereito o carácter de Instrucións internas de servizo, en numerosas ocasións (...) non se limitan á organización interna dos servizos dependentes do órgano do que emana a Circular, senón que son, ben auténticas normas regulamentares, por regularen dereitos e deberes dos particulares, ben normas interpretativas da lexislación de carácter xeral que vinculan desde logo á Administración canto aos seus actos administrativos posteriores”.

Xa que logo, en principio, as Circulares e Instrucións que conteñan regras imperativas novas deben cualificar-se de disposicións xerais, cando aquelas teñan por destinatarios a suxeitos non integrados na organización administrativa.

Mas acontece que - non como requisito de validez senón como condición de eficacia, de oponibilidade fronte a terceiros - os regulamentos deben ser obxecto de publicación oficial (art. 60 LPAC). E resulta que asimesmo, decote, as Circulares e Instrucións non se publican oficialmente senón, como máximo, “pseudo-oficialmente”, en “boletíns informativos” ou similares editados polo órgano administrativo que as emana.

Semella claro daquela que unha Circular non publicada carece de calquer efecto xurídico ad extra, non é oponible a terceiros non submetidos xerarquicamente á Administración e aos que, en consecuencia, tal produto administrativo non lles foi comunicado.

Sen embargo cómpre neste punto examinar a xurisprudéncia constitucional que chega, ben que en resolucións moi condicionadas polas circunstancias do caso concreto, a lle dar certo valor ás Circulares e Instrucións, mesmo ás non publicadas oficialmente.

²⁷ E tamén noutras posteriores como, por exemplo, a do 10 de febreiro de 1997 (Ar. 1087), a contrario: “debe destacar-se que as Instrucións dicadas polo Presidente do IARA, non incorporan un contido normativo que se integre no ordenamento xurídico, co establecemento de dereitos e obrigas ...”.

Con efecto, se nun primeiro momento²⁸ se afirmou que

“... as denominadas instrucións (ao igual que as circulares) non alcanzan propriamente o carácter de fonte do Dereito, senón tan só o de directivas de actuación que as autoridades superiores imponen aos seus subordinados a virtude das suas atribucións propias desa xerarquización, non sendo unha especial manifestación da potestade regulamentar” (fx 11), engadindo en coerencia co anterior que

“... parece díafano que mercede a unhas instrucións se poden afectar xa desde o instante mesmo da súa emisión - ou, se se apura máis, desde o seu coñecemento polos destinatarios - dereitos e liberdades fundamentais atribuídos aos cidadáns, cuestión na que nos haberemos de deter observando que en puridade as “Instrucións”, que como se apuntou teñen tamén como destinatarios a todos e cada un dos traballadores dependentes da Administración militar, inclúen auténticas ordes ou mandados que estes veñen obrigados a cumprir, sen agardar acto concreto nengún de aplicación, polo que cabe concluir, achamo-nos xa²⁹ perante unha lesión activa do dereito fundamental establecido no art. 28.2 da CE, lesión que está xa no contido material dunhas instrucións que, entre outros aspectos veñen regular quen están facultados para adoptar o acordo de declaración de folga, canto atinxe ao preaviso, os órganos que deben intervir na determinación dos servizos mínimos e casuísmo a respecto de cais son os supostos nos que a folga debe cualificar-se como ilegal” (fx 2º),

noutro pronunciamento posterior recoñeceu-lle mesmo eficacia fronte a terceiros a unha instrución non publicada, cualificando-a de disposición de carácter xeral. Con efecto, a S.TC 150/1994, do 23 de maio, concede o amparo solicitado por quen fundamentara nos tribunais ordinarios unha pretensión fronte a outro particular nunha instrución non publicada do Ministerio de Trabajo³⁰. Para chegar a esta conclusión, o TC debeu despezar dous atrancos:

- En primeiro termo, a virtude de que título resultan os tribunais vinculados por unha instrución non publicada?

Considera o TC que aínda sendo certo que ao non ter sido publicada os tribunais do social non tiñan obriga de aplicar de oficio a instrución litixiosa e que de ser controvertido o seu contido entre as partes, este debería ter sido acerditado conforme coas regras xerais da proba, resulta sen embargo que

“... no litixio laboral a parte demandante alegou ante o xuíz a disposición administrativa determinante da litis; e a empresa demandada, pola súa parte, nunca negou a existencia e relevancia das Instrucións do 2 de xullo de 1986”.

²⁸ Cfr., S.TC 26/1986, do 19 de febreiro, na que tribunal concede o amparo solicitado por un grupo de traballadores civís do Ministerio de Defensa fronte a varias instrucións dese centro directivo reguladoras do exercicio do dereito de folga dese persoal.

²⁹ Ou sexa, que non se trata, como sostían o Fiscal e o Advogado do Estado, de que o recurso se dirixa contra “presuntas violacións eventuais do dereito, derivadas do temor do recorrente a unha hipotética violación ulterior do dereito por parte do poder público actuante”.

³⁰ O suposto decidido na sentenza citada consistía, sumariamente, no seguinte: a recorrente, unha cidadá marroquina que residía e traballaba en Melilla, foi despedida do seu posto de traballo por carecer de permiso de traballo en España. Con efecto, carecía de tal permiso de traballo, mas unha instrución ministerial determinara que para as persoas orixinarias das cidades de Ceuta e Melilla ou con arraigo e residencia nelas, a posesión da denominada “tarxeta estatística” conlevaba a autorización para traballar por conta allea nas ditas cidades, vindo a substituír ao permiso de traballo esixido na lexislación de estranxeiría. A súa demanda foi rexeitada tanto polo Xulgado do Social de Melilla como polo TSX de Andalucía, que consideraron a citada instrución como norma non aplicábel ao caso por non teren sido publicadas e careceren, en consecuencia, de eficacia fronte a terceiros (neste caso o empresario). Contra deste rexeitamento do seu recurso de suplicación, suscita-se o recurso de amparo que deu lugar á sentenza que estamos a comentar.

En consecuencia, conclúe o TC a respecto deste extremo que

“Non é aceptábel, pois, que os Tribunais de Xustiza, ao coñeceren de procesos nos que se dilucidan dereitos constitucionais das persoas, sexan estas españolas ou estranxeiras, prescindiran das disposicións validamente adoptadas polas autoridades administrativas competentes en materia de estranxeria, cando, precisamente, o litixio laboral centraba-se en se a traballadora cumprira ou non os requisitos de documentación esixidos por ditas autoridades administrativas. E, como ten declarado este Tribunal nas Ss.TC 77/1983, fundamento xurídico 41, e 24/1984, fundamento xurídico 31, non é admisíbel que uns mesmos feitos existan e deixen de existir para distintos órganos do Estado³¹.”

- En segundo lugar, como supera o TC o formidábel obstáculo que supón a ineficacia fronte a terceiros dunha disposición xeral non publicada? É dicir, en que se funda o TC para aplicar contra un terceiro - o empresario³² - unha disposición non publicada e, por tanto, inoponíbel fronte ao mesmo?

Considera a sentenza, en primeiro lugar, que a falta de publicación oficial da Instrución controvertida “... non afecta a súa validez, mas á súa eficacia”, acrescentando, de maneira un tanto críptica, que “... O art. 29 da LRXAE de 1957, o mesmo que os actuais art. 59.50 e 60 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, imponen a publicación das disposicións administrativas no correspondente “Boletín Oficial” para que produzan efectos xurídicos de carácter xeral, pero non para que produzan os efectos xurídicos que lle son propios” (fx 5º).

Mas, do punto de vista dun terceiro alleo á organización administrativa, cal é a diferenza entre “eficacia xurídica xeral” e “efectos que lle son propios” se nos estamos a referir a Instrucións que teñen como finalidade principal a de serviren de conducto para o exercicio de potestades xerárquicas de dirección e mando? Estes serían os efectos propios dunha instrución - ex art. 21 LPAC, como reconece o mesmo TC na antes citada S.TC 26/1986 -, e por “eficacia xeral” non se debe entender outra cousa que a erga omnes propia dunha norma en canto publicada: aplicábel de oficio polos tribunais, oponíbel a todos (art. 9.10 CE).

E como nen o propio tribunal queda totalmente seguro da corrección do anterior aserto, debe acudir aínda a outro fundamento distinto para afirmar a eficacia pretendida:

³¹ Argumento este último que, por certo, só forzosamente é que se pode aplicar no caso que nos ocupa pois, efectivamente, resulta que tal afirmación de que uns mesmos feitos non poden existir e deixar de existir para distintos órganos do Estado realiza-se na primeira das Ss.TC citadas - na 77/1983, do 3 de outubro - para fundamentar o principio de prexudicialidade penal, reitor do Dereito Administrativo Sancionador, conforme ao cal a Administración ven vinculada polos feitos declarados probados nas resolucións penais (principio agora recollido no art. 137.20 LPAC), e na segunda - 24/1984, do 23 de febreiro - para afirmar o contrario, é dicir, que “apreciar unha culpa relevante na orde laboral, inferida polo xuíz tras dunha determinada actividade probatoria, aínda que despois, desde outra óptica e noutra orde normativa, o xuíz penal estime non desvirtuada a presunción de inocencia da mesma persoa”, non supón ir contra a presunción de inocencia nen tampouco que exista unha contradición fáctica entre as sentencias.

Sen embargo, o suposto analizado na S.TC 150/1994 é diferente ao destas outras sentencias: non se trata de que os feitos declarados probados nunha orde xurisdiccional vinculen aos órganos doutra ou á Administración, senón de que esta - a meio dun produto pseudo-normativo de dubidosa legalidade - vincule a un órgano xurisdiccional que, conforme co art. 5 LOPX, ven só vinculado á Constitución e ás Leis. Neste caso non se trata dunha cuestión de feito senón de determinación do Dereito aplicábel para a resolución do litixio actividade que, para alén de non ser asunto da competencia do TC, constitue o mesmo cerne da función xurisdiccional.

³² A respecto do que de xeito ningún se pode afirmar que estea vinculado coa Administración por unha relación de suxeición especial, razón argüida por veces para xustificar a eficacia de instrución non publicadas fronte a colectivos como, por exemplo, os detectives privados.

a boa fé. Con efecto, tal é a verdadeira razón de que, na economía desta senténcia, o empresáριο veña vinculado por unha instrución non publicada, como se comproba no fx 6º:

“... no litixio laboral a parte demandante alegou ante o xuíz a disposición administrativa determinante da litis; e a empresa demandada, pola súa parte, nunca negou a existencia e relevancia das instrucións do 2 de xullo de 1986. O cal non é de extrañar, porque das súas alegacións, e da documentación achegada por ela, desprende-se sen xénero de dúbida que mantén un fluído e permanente contacto coa coa Delegación de Traballo de Melilla, en relación coa situación dos seus numerosos empregados estranxeiros, e que coñece perfectamente a normativa sobre estranxeiría que resulta de aplicación na dita cidade”.

Porén, a boa fé resulta un fundamento feble de máis para fundamentar a oponibilidade dunha norma non publicada. Xa sen entrar no valor normativo dun principio xeral non constitucionalizado e, por tanto, en calquer caso inferior ao de preceitos legais como os art. 59 e 60 LPAC - que, lembremos, claramente prevén a ineficacia das normas non publicadas oficialmente - resulta que o que fai aquí o TC non é senón trasladar a un particular unha responsabilidade claramente imputábel á Administración, como para casos análogos e con meridiana clareza, a ten declarado o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (en diante, TXCE³³) mesmo con menos fundamento que no asunto que nos ocupa³⁴.

En conclusión - e sen que a doutrina sostida nesta resolución se teña confirmado en senténcias posteriores -, prementes razóns de xustiza material, facilmente observábeis através do exame dos antecedentes, levaron ao TC a unha interpretación forzada - e, do meu punto de vista, errada -, dos conceptos legais de validez e eficacia das normas, condicionada esta última á publicación.

Pero é que resulta, á máis, que nen o TS nen o TC - este, se cadra, máis xustificadamente por ser a cuestión de legalidade ordinária - analisan a competencia de quen dicta estas instrucións e circulares que, en atención a criterios exclusivamente materiais atinxentes ao seu contido, cualifican de disposicións xerais.

Esta comprobación é especialmente interesante no caso das Circulares e Instrucións emanadas de autoridades inferiores aos Ministros, como son a imensa maioría das dictadas pola Administración Penitenciaria. Mália termos afirmado anteriormente que as Circulares e Instrucións decorren do exercicio dunha potestade distinta da regulamentar, na medida en que a xurisprudencia as cualifica, cando reunen certas condicións, de disposicións xerais, tal supón que teñan tamén de respectar, como requisito de validez, os límites da potestade regulamentar e, entre eles, o da competencia.

³³ Apartir da S.TXCE do 19 de novembro de 1991 (As. Francovich) iníciase unha doutrina consolidada en senténcias posteriores do mesmo Tribunal, na que ante a falta de eficacia directa horizontal - é dicir, entre particulares - dunha Directiva non integrada no ordenamento interno respectivo, o perxudicado ven lexitimado para lle reclamar do Estado a indemnización dos prexuízos que para el se seguisen do incumprimento por parte de aquel das súas obrigas comunitarias (para un tratamento xeral do tema, vid. MANGAS MARTÍN e LINÁN NOGUERAS, “Instituciones y Derecho de la Unión Europea”, McGraw-Hill, Madrid, 1996, páx. 430 e ss.).

³⁴ Por canto as Directivas sí son obxecto de publicación oficial no DOCE, por máis que este sexa un boletín oficial non estatal.

Pois ben, neste punto, se xa durante a vixéncia da LRXAE era dubidosa a potestade regulamentar das autoridades inferiores aos Ministros³⁵, tras da entrada en vigor da Lei 97/1997, do 14 de abril, de Organización e Funcionamento da Administración Xeral do Estado, as dúbidas anteriores desaparecen e se convirten en certeza negadora de tal competencia³⁶. Quere-se dicir que calquer Circular ou Instrución que conteña unha regulación con vocación de producir efectos ad extra, ben declarando dereitos e deberes a prol ou ao encontro de terceiros, ben ofrecendo unha determinada interpretación da lexislación vixente non só será ineficaz se non publicada, senón tamén inválida en canto que dictada por un órgano incompetente.

Aplicando estes criterios xurisprudencialmente consolidados ás Circulares da Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, reguladoras do réxime especial FIES, debemos obrigatoriamente concluir que estamos ante verdadeiras normas xerais, porque non se limitan a organizar servizos dependentes do citado centro directivo senón que regulan o réxime de vida en prisión de determinados internos, afectando aos seus dereitos constitucionais e aos que, decorrentes da LOXP e do R.Pen., lles corresponden.

Que estamos diante dunha regulación ex novo do estatuto xurídico de determinados internos non ofrece dúbidas y, á máis, ten sido expresamente afirmado en varias resolucións xudiciais - principalmente de Xulgados de Vixilancia - e recoñecido pola propia Administración Penitenciaria:

- Canto ás primeiras, sirva como exemplo o Auto do 20 de outubro de 1995, do Xulgado de Vixilancia n1 3 dos de Madrid, que reitera - concretamente en relación coa Circular 8/1995, reguladora do ficheiro FIES - a coñecida doutrina jurisprudencial do TS concluíndo, á luz da mesma, que "... a Instrución ou Circular que se analiza - a 8/95 - pretende ser unha disposición xeral: crea novas suxeicións, segundo se razoa no acto impugnado e se proxecta ad extra da Administración pois afecta a terceiros alleos a ela, aínda que estean suxeitos a unha relación de suxeición especial".

- Polo que se refire ao apuntado en segundo lugar, a Administración Penitenciaria recoñece expresamente o carácter de normas xerais das súas Circulares. Así, na páxina 3 do suplemento ao n1 1746 do "Boletín Informativo del Ministerio de Justicia e Interior" razoa-se nos seguintes termos acerca da conveniencia "e aínda necesidade" da publicación oficial das Circulares:

"- Aínda que os destinatarios sexan os funcionarios, os seus efectos estenden-se a un circo de destinatarios moito máis amplo: internos, Xuíces de Vixilancia, avogados defensores e sociedade en xeral, configurando-se a súa publicidade como un requisito imprescindible para que os advogados defensores podan defender con eficacia os

³⁵ Neste sentido PAREJO ALFONSO (cfr., "Manual de Derecho Administrativo", vol. I., Ariel, Barcelona, 1996, pág. 200) para quen "debe afirmar-se que os órganos exclusivamente administrativos subordenados aos Ministros non poden ser titulares de competencia algunha (sexa orixinaria, sexa derivada) para o dictado de verdadeiros regulamentos e si só para a produción de Circulares e Instrucións internas".

Aínda máis, como ben lembra LÓPEZ BENÍTEZ (cfr., "Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción", Civitas-Universidad de Córdoba, Madrid, 1994, pág. 360 e ss.), non sequer é pacífica, doutrinal e xurisprudencialmente, a admisión da potestade dos Ministros para dictaren regulamentos - fora dos casos de habilitación expresa - xirando a disputa acerca da constitucionalidade do agora derogado art. 14.30 LRXAE.

³⁶ Esta LOFAXE deroga expresamente a LRXAE mantendo transitoriamente en vigor determinados artigos, entre os que non se conta o 14.30, que recoñecía a potestade regulamentar dos Ministros para as "matérias propias do seu Departamento". Xa que logo, con máis razón debe entender-se negada a das autoridades - puramente administrativas, poisque en ningún caso forman parte do Goberno - inferiores aos Ministros.

dereitos dos internos, así como para que os Xuíces de Vixilância podan exercer o sua tradicional función xurisdiccional.

- Os efectos que poden producir poden (sic) afectar aos dereitos fundamentais dos internos.

- Poden comportar unha interpretación do ordenamento penitenciario, caso no cal a sua publicación regular viria esixida polo art. 30 LRX”.

1.b. Instrucións e Circulares e relacións de suxeición especial

Mas o problema, a respecto dos reclusos, radica en se son ou non terceiros do punto de vista da Administración Penitenciaria, porque a estes efectos non se consideran tais os vinculados con ou integrados na organización administrativa por meio dunha relación de suxeición especial³⁷.

Para o TC, a cualificación da que liga ao recluso coa Administración penitenciaria de relación de suxeición especial, non envolve a afirmación de todas as consecuencias prácticas da figura - excepción aos principios de reserva de Lei, á plena vixencia dos dereitos fundamentais, etc. - porque, como indica MAPelli Caffarena, “de facé-lo así faría unha reflexión coerente nun plano teórico, mas radicalmente contraria á lexislación penitenciaria e, mesmo, ao próprio texto constitucional”³⁸.

Sinteticamente, a xurisprudencia constitucional considera que a relación de suxeición especial penitenciaria fai á reserva de Lei “perder parte da sua fundamentación material”, ao se esgotar a sua virtualidade en “garantir a seguranza xurídica, de modo que os internos podan dispór de informacións suficientes sobre as normas xurídicas aplicábeis a un determinado caso”³⁹, independentemente de cal sexa o seu rango. Igualmente ten afirmado que aínda que esta relación de suxeición especial deba ser entendida “nun sentido reductivo compatíbel co valor preferente que corresponde aos dereitos fundamentais”, o estado de reclusión envolve que os dereitos dos reclusos “podan ser obxecto de limitacións que non son de aplicación aos cidadáns comúns e, entre elas, as que estableceza a lexislación penitenciaria”⁴⁰, concibindo pois estas relacións da única maneira compatíbel coa CE de 1978, é dicir, como

³⁷ Acerca do concepto de relación especial, segue a ser obrigada a remisión ao traballo de GALLEGO ANARBITARTE, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración (Contribución a la teoría del Estado de Derecho)” (publicado na RAP n1 34/1961) e máis actuais monografías publicadas sobre o tema, como a xa citada de LÓPEZ BENÍTEZ, a de GARCÍA MACHO (“Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española”, Tecnos, Madrid, 1992) e a de LASAGABASTER HERRARTE (“Las relaciones de sujeción especial”, Civitas-IVAP, Madrid, 1994). Para o que agora nos interesa, debe consultar-se especialmente a contribución de MAPELLI CAFFARENA (cfr., “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”, en “Estudios Penales y Criminológicos”, n1 XVI, USC, Santiago de Compostela, 1993, páx. 283 e ss.).

A teoría das relacións de suxeición especial nasce no marco político do II império alemán, para explicar certos poderes - regulatórios, disciplinarios - do Estado sobre persoas vinculadas a el por unha relación máis intensa e directa que a que o vincula co xeral dos cidadáns, en definitiva para afirmar un conxunto de potestades domésticas existentes á marxe - e mesmo en contradición - da Lei. Para estas relacións especiais, a reserva de Lei se matiza ou desaparece, principios punitivos como o non bis in idem deixa de ser aplicábel e, en xeral, os dereitos fundamentais dos inseridos nestas relacións especiais poden limitar-se en maior grao que os dos demais cidadáns.

³⁸ Cfr., op. ult. cit., páx. 308 e 309.

³⁹ Cfr., S.TC 2/1987, do 21 de xaneiro.

⁴⁰ Cfr., S.TC 120/1990, do 27 de xuño.

fundamentadas nun estatuto singular de dereito e obrigas normativamente establecido, e non meramente na soberanía estatal ou na voluntariedade⁴¹.

Canto á constitucionalidade da introdución a meio de Instrucións ou Circulares de restricións aos dereitos fundamentais dos reclusos, o TC ten conscientemente evitado as boas ocasións que tivo para pronunciar-se ao respecto, acollendo pola contra - ben que de esguello - a referida relativización neste ámbito do principio de reserva de Lei: con efecto, na S.TC 119/1996, do 8 de xullo, ante o recurso de amparo dun interno FIES fundado, entre outras razóns⁴², na prohibición de dispór na cela dun aparello de TV, considera-se que

“... se ben é certo que se produz unha restrición fáctica do dereito do acceso a un determinado meio público de difusión, non o é menos que a mesma se dispón coa adecuada cobertura legal (arts. 10 LOXP e 18 e 46 do Regulamento Penitenciario de 1981)” (fx 3º),

cobertura non tan adecuada se reparamos en que tal prohibición non se introducira directamente nen pola Lei nen tan sequer polo Regulamento, senón só por meio dunha Circular non publicada da DXIP, do 2 de agosto de 1991, sen que existise nas dúas normas primeiramente citadas remisión nengunha quen de fundamentar a restrición discutida.

En atención a estes razonamentos, e confiando en que a certeza dos argumentos nel expostos axude a variar a doutrina sostida na S.TC 119/1996 que andamos a comentar, debe salientarse o voto particular a ela formulado polo maxistrado Pi I Sunyer e Vives Antón no que, en esencia, se destaca que restricións tan importantes dos dereitos fundamentais só se poden establecer a meio dunha norma que goce da cobertura legal esixida polo art. 25.20 CE, considerando a estes efectos como insuficiente a remisión que a normas de rango inferior realiza implicitamente o art. 10 LOXP⁴³.

41 Un resumo da doutrina xurisprudencial vixente, no fx 41 da S.TC 170/1997, do 29 de outubro:

“... a relación que surge con motivo do internamento nun Centro Penitenciario caracteriza-se, no esencial, do seguinte modo: o recluso adquire un status xurídico do que destaca o seu sometimento ao poder público exercido pola Administración Penitenciaria, a cal ten encomendado, á máis da reeducación e reinserción social dos penados, a retención e custódia dos detidos, presos e penados (art. 1 LOXP), coidando de garantir e mirar pola seguraza e boa orde do establecemento (art. 18, 26.d, 29.2, 41.1, 43.3, etc., LOXP). Esta relación de suxeición especial ten de entender-se, como ten destacado este Tribunal (Ss.TC 120/1990, fundamento xurídico 61, 137/1990, fundamento xurídico 41 e 57/1994, fundamento xurídico 31) nun sentido reductivo compatíbel co valor preferente dos dereitos fundamentais; orixina-se, en soma, un entramado de dereitos e obrigas recíprocos da Administración Penitenciaria e o interno, cuxo contido e exercicio deseña a lexislación penitenciaria”.

42 Razóns máis importantes: o recurso dirixíase directamente contra o endurecemento do réxime fechado extraordinario do art. 10 LOXP, provocado pola Orde Circular do 2 de agosto de 1991 da DXIP, a meio de medidas como o aillamento celular durante 22 horas por día.

43 “Para alén das insuficientes e xenéricas referencias á ‘limitación das actividades en común’ e ao ‘maior control e vixilancia dos internos’, non se atopa no preceito transcrito [art. 10 LOXP] alusión nengunha a medidas de aillamento en cela da especie da agora impugnada, cuxa contundencia na restrición do dereito de liberdade ven confirmada pola cercanía do seu contido ao da sanción máis grave no ámbito penitenciario, que ‘non é máis unha das que están ao dispor das autoridades penitenciarias, senón que apenas debe ser utilizada en casos extremos’ (S.TC 2/1987, fx 21)”.

Debe indicar-se que esta estreito parentesco entre o réxime fechado e as medidas máis duras previstas no réxime penitenciario sancionador ten sido notado na redación do novo R.Pen de 1996, contendo-se na regulación que o mesmo realiza do réxime fechado a cautela de que “En ningún caso, o réxime de vida para estes internos poderá establecer limitacións reximentais iguais ou superiores para o réxime de cumprimento da sanción de aillamento en cela” (art. 90.20, inciso último).

1.c. A problemática impugnación xurisdiccional das Circulares e Instrucións da Administración Penitenciaria

Demonstrado o seu carácter normativo, é pacífico que as Circulares poden constituir o obxecto dun recurso directo ou indirecto contra regulamentos dos previstos no art. 39.10 Lei da Xurisdición Contencioso-Administrativa (en diante, LXCA).

Porén, cómpre reparar nas especialidades que as Circulares presentan fronte á xeneralidade das disposicións xerais: estamos perante normas (presuntamente) válidas, se ben non eficaces fronte a terceiros, en canto que non publicadas oficialmente.

Esta falta de publicación oficial supón un problema en orde ao cómputo do prazo de interposición do recurso contencioso-administrativo directo, conforme co previsto no art. 58.3.b) da vixente LXCA. Para resolvé-lo, debe considerarse que as disposicións non publicadas oficialmente, poden seren recorridas en calquer momento, unha vez advertida a súa existencia, polos titulares de dereitos ou intereses lexítimos que podan resultar prexudicados polas elas, solución que fundamentamos nas seguintes razóns:

- Porque sería contrario á boa fe e á efectividade do dereito fundamental consagrado polo art. 24.10 CE, que tal prazo se computase a partir non do día da - inexistente - publicación oficial, mas daquel en que foron dictadas.

- Porque á solución apuntada conduz non só a aplicación analóxica do disposto polo art. 59.20 da LXCA, senón tamén, dalgún xeito, a doutrina recollida na xa citada S.TC 150/1994, do 23 de maio, en especial nos seus fundamentos xurídicos 51 e 61. Conforme con ela, se - segundo antes se indicou - o tribunal tira certos efectos do feito de un particular coñecer unha Circular regulamentar non publicada, a contrario, cabe afirmar que en tanto tal coñecemento non se produza - ou, conforme co principio de boa fe, non se poda demostrar que se produciu - permanece aberto o prazo para a impugnación directa. Estrictamente, o día inicial para o cómputo do prazo de dous meses fixado na LXCA será aquel en que o recorrente coñecese a existencia e o contido da Circular.

Mas, doutra banda, tamén a impugnación indirecta destas pseudo-normas penitenciarias - e, en xeral, de case que todas as normas regulamentares penitenciarias - resulta dificultada por ser órganos da orde xurisdiccional penal - os XVP - e non da contencioso-administrativa os competente, con carácter xeral, para revisar os seus actos concretos de aplicación. Xunto cos problemas xerais que a anulación dun regulamento ilegal presenta de se intentar através deste recurso indirecto⁴⁴, note-se que os órganos da xurisdición penal non teñen competencia para anular disposicións xerais, apenas para as

⁴⁴ Os tribunais contencioso-administrativos veñen mostrando-se reacios a anular, por esta vía, algo máis que o acto directamente impugnado. Os motivos reconducen-se, en síntese, a posíbel falta de coincidencia entre o órgano competente para xulgar o acto (ben o TSX correspondente, ben a AN) e o que o sexa para axuizar o regulamento (o TS), co risco de resolucións contraditorias acerca da legalidade dunha mesma disposición xeral (Para unha exposición completa do estado actual da cuestión na xurisprudencia española e das vías, dentro da lexislación aínda vixente, para superá-la, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Curso de Derecho Administrativo", vol. I, Civitas, Madrid, 199 , pág. ...).

No Anteproxecto de Lei da Xurisdición Contencioso-Administrativa, conxura-se o risco supra apuntado permitindo, ao tempo, chegar por esta vía indirecta á anulación do regulamento ilegal, através da denominada cuestión de ilegalidade, que o xuíz do acto submete á consideración do competente para coñecer dun eventual recurso directo contra a disposición cuxa legalidade se discuta (art. 26.10 e, canto ao procedemento para a prantexar, 118 e ss.). Mas, de novo, este trebello pertence en exclusiva aos tribunais da orde contencioso-administrativa.

inaplicar ao caso concreto através do instrumento xeral fornecido polo art. 6 Lei Orgánica do Poder Xudiciário (en diante, LOPX)⁴⁵.

O anterior pon de manifesto as dificultades que o control da legalidade da actuación da Administración Penitenciária presenta no Dereito español, non só pola manifesta inadecuación, a estes efectos, do instrumentário co que contan os XVP⁴⁶, senón tamén porque a falta de impugnación directa dunha norma dictada por esa Administración suporá, na imensa maioría dos casos, blindá-la para o futuro. A norma seguirá vixente e eficaz, ao non se poder impugnar indirectamente en vía contencioso-administrativa.

2. Reserva material de Lei e Regulamento Penitenciário

O art. 25.20 CE establece para a regulación do estatuto xurídico dos internos nun establecemento penitenciário unha reserva material de Lei, entendida polo lexislador de 1979 como referida, á máis, a unha Lei Orgánica, a actual LOPX.

Que as reservas de Lei en matéria de dereitos fundamentais non excluen calquer manifestación do regulamentar neste ámbito, non quer dicir que as remisións a normas administrativas non deban observar certas condicións, establecidas na xurisprudencia constitucional, para evitar, precisamente, o fraude daquela reserva. No ámbito das relacións entre a Lei Orgánica e as normas regulamentares, é doutrina do TC considerar que as peculiaridades deste tipo legal non altera as relacións entre Lei e regulamento executivo cabendo, en consecuencia, a remisión legal ao regulamento⁴⁷. Mas esta remisión, para ser constitucionalmente lexítima, debe realizar-se en condicións que

Quizais fose conveniente que esta cuestión de ilegalidade se xeneralizase para todos os órganos xurisdiccionais que deban decidir - con ocasión, por exemplo, do prantexamento dunha excepción de ilegalidade das do art. 6 da LOPX - sobre da invalidez dunha disposición de carácter xeral, xeneralización que podería vir da súa regulación na LOPX. Ficaría deste xeito resolvido o premente problema que hoxe representan os regulamentos e actos administrativos axuizados por xuíces e tribunais que non pertencen á orde contencioso-administrativa, cal é o caso, sinaladamente, dos dictados pola Administración penitenciária.

⁴⁵ Do que os Xulgados de Vixilancia teñen realizado un uso exemplar, inaplicando - unha vez realizada a cualificación correspondente - as Instrucións e Circulares que consideraron non conformes a Dereito. Serva como mostra o xa citado Auto do XVP n1 3 de Madrid, no que ben ás claras se expoñen os límites que os XVP teñen para controlar a actuación da Administración Penitenciária:

“Ora ben, como tal disposición administrativa [esta a se referir á Circular 8/1995, reguladora do FIES] a súa anulación corresponde a unha xurisdición diferente daquela na que se enmarca a presente resolución - Vixilancia Penitenciária - (art. 1.1 LXCA e 9.40, 24 e 94 da LOPX e art. 76 da LOXP), concernindo a esta exclusivamente declarar a inaplicación ao caso concreto pola vía do art. 6 da LOPX”.

⁴⁶ Realmente, o desleixo mostrado polo lexislador español ao respecto non se entende quitado que se deba a unha operación consciente: se a LOXP foi a primeira Lei orgánica dictada no actual réxime constitucional, sen embargo, vai xa para dezaoto anos que os XVP carecen de normas procedimentais, caréncia que, para alén dos problemas prácticos que envolve na actuación destes órganos, produz como efecto práctico a inmunidade xurisdiccional da Administración Penitenciária, ao menos en muita maior medida que aquela da na práctica tamén gozan outros sectores da Administración (denunciando tamén esta situación, que cualifica de “subdesenvolvemento” e “desamparo procesual”, vid. BERGALLI, “Pánico,”, cit., páx. 103 e ss.).

O anteproxecto de Lei Orgánica reguladora do procedemento ante os xuíces de vixilancia penitenciaria, elaborado polo Ministerio de Xustiza o 20 de decembro de 1996 tampouco resolve nengunha das caréncias apuntadas no texto senón que mesmo, polo que ao control xurídico da Administración penitenciária atinxe, semella querer dificultá-lo (así por exemplo, reduce-se a cinco días o prazo para os internos impugnaren as actuacións daquela).

⁴⁷ Cfr., S.TC 77/1985, citada pola 101/1991, do 13 de maio.

“... restrinxan efectivamente o exercicio desa potestade [a regulamentar] a un complemento da regulación legal que sexa indispensábel por motivos técnicos ou para optimizar o cumprimento das finalidades propostas pola Constitución ou a propia Lei”⁴⁸.

Xa que logo, a remisión debe reunir certas condicións de concreción e determinación ou, dito negativamente, non debe constituir unha remisión aberta ou en branco que se deberian reputar deslegalizacións inconstitucionais⁴⁹.

Con estes datos previos, debemos resolver se o art. 10 LOXP reúne, como norma que habilita a regulación administrativa do réxime fechado, os requisitos de concreción e determinación esixidos polo TC e máis se, pola sua parte, o R.Pen. sobarda, nesta materia, os límites da remisión.

E semella que non é preciso despregar un esforzo argumentativo especialmente intenso para afirmar que o art. 10 LOXP incumpre as anteriores condicións e non constitúe título suficiente para a regulación contida nos art. 90 e ss. do R.Pen. que, pola mesma, deben ser considerados ilegais e, xa que logo, nulos (art. 62.20 LPAC): porque diferéncia onde a Lei non o fai⁵⁰, porque restrinxe dereitos fundamentais dos internos sen que tais restricións contén, ao menos, coa previsión legal dun núcleo inmune á citada regulamentación⁵¹ e porque, en xeral, se recoñece un ámbito amplísimo á potestade discricionaria da Administración Penitenciaria que bate directamente coa garantía legal da efectividade dos dereitos fundamentais que co seu exercicio se poden ver ameazados.

Sen embargo, dicíamos que non é preciso desenvolver un especial esforzo dialéctico porque é a propia Administración quen, outravolta, recoñece esta insuficiencia do art. 10 LOXP como norma de remisión. Con efecto, a “reforma prevista do art. 10 LOXP” da que fala Nistal Borón⁵², necesaria para dar cobertura á distinción de modalidades de vida dentro do réxime fechado reguladas nos art. 92 e 93 do vixente R.Pen., non se verificou. Xa que logo, cando menos o art. 93⁵³, sería nulo.

E para o demais, é pertinente lembrar os atinados argumentos verquidos a este respecto por Vives Antón e Vives Pi-Sunyer no su xa mencionado voto particular á S.TC 119/1996 quen, con relación á medida de aillamento en cela aplicada aos internos submetidos en réxime fechado, facían a respecto do art. 10 LOXP a seguinte consideración que se comparte integramente:

“Debe pois afirmar-se que a restrición do dereito á liberdade non aparece regulada na Lei co carácter de expresividade esixido taxativamente polo art. 25.20 CE. Tampouco cabe apreciar que se establezan no preceito transcrito da LOXP os rasgos cualitativos e cuantitativos indispensábeis para cubrir unha posterior especificación regulamentar”.

48 Cfr., S.Tc 101/1991, cit., fx. 31.

49 Ibidem, fx 4º.

50 En relación co establecemento de “modalidades de vida” que son verdadeiros novos reximes que non se contan entre os enumerados na LOXP.

51 Así con relación ao aillamento celular ou a realización de actividades en común, a LOXP debería realizar unha regulación de máximos e mínimos, respectivamente.

52 Cfr., “El régimen ...”, cit., páx. 195.

53 Que é, como xa se indicou, o que “legaliza” o réxime que diferentes Instrucións e Circulares establecían para os internos FIES (neste sentido ETXEBARRIA - cfr., “El nuevo reglamento penitenciario”, en “Panóptico”, n1 2/1996, páx. 10 - quen non dubida en cualificar a modalidade de vida prevista no art. 93 para os “establecementos especiais” como “herdeira do réxime FIES”).

III. CONCLUSIÓNS

O Dereito Penitenciario, dacabalo entre varias disciplinas academicas - nomeadamente o Dereito Administrativo e o Dereito Penal - sofre a falta de interese que provocan as matérias fronteirizas, agravada neste caso concreto polo indiferencia que, en xeral, a execución penal suscita na sociedade.

Ainda así, a tímida preocupación que os penalistas comezan a mostrar por estes temas contrasta coa práctica inexistencia de estudos por parte dos administrativistas, fóra de apartados concretos en obras dedicadas ao estudo de categorías xerais. Mas, como este traballo tenciona demostrar, tal non impede que no Dereito Penitenciario se prantexen os grandes temas do Dereito Administrativo - control da actuación administrativa, relacións Lei-regulamento, eficacia dos dereitos fundamentais - e constitua actualmente esta rama do ordenamento xurídico un laboratorio onde se experimenta con novas formas de actuación, regulación e control (vexa-se, como proba do que se ven de afirmar, o importante papel que as Circulares e Instrucións xogan neste campo).

O estudo do réxime fechado, o máis restritivo dos previstos na lexislación penitenciaria española, serve para poñer de manifesto o cambio no discurso oficial sobre a función das penas privativas de liberdade - da reeducación á custódia e a retención - e para analizar como, nos mesmos límites do Estado de Dereito, moitos dos mitos deste entran en crise e se ensaian formas de control que, progresivamente, se estenden non só ao resto dos reclusos senón tamén aos cidadáns e cidadás libres⁵⁴.

A degradación do rango esixíbel ás normas que restrinxan ou neguen o exercicio de dereitos que a CE cualifica de fundamentais, as insuficiencias - non casuais - do control xurisdicional deste sector da Administración, a indiferencia que o TC ven tradicionalmente mostrando fronte ao progresivo endurecemento da realidade penitenciaria⁵⁵, nun contexto de imparábel crecemento da poboación reclusa son, todos os anteriores, dados que revelan que, a non tardar, o que neste traballo se estuda perderá a nota legal de excepcionalidade da que, por outra banda, na realidade xa non goza. Quizais entón o traballo dos administrativistas contribua e estender á actuación penitenciaria as garantías que tan enfática - e xustamente - se reclaman noutros ámbitos sobre os que tamén se proxecta a actividade da Administración.

⁵⁴ Como demostran as distintas videovixilancias - as proxectadas e as practicadas - que, o mesmo que para os reclusos. ameazan con degradar a intimidade á "vida interior" (tal e como define o TC a unha das "máis dolorosas consecuencias da perda de liberdade").

⁵⁵ Confiando, en calquer caso, que o voto particular formulados por dous maxistrados á S.TC 116/1996 e a maior sensibilidade polos dereitos dos internos mostrada na S.TC 170/1996, infícien unha nova etapa.